Sygn. akt: KIO 2414/24 Warszawa, 13 sierpnia 2024 roku

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Aneta Mlącka

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 08 sierpnia 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 08 lipca 2024 roku przez Odwołującego Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. (ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Kobierzyce (al. Pałacowa 1, 53-004 Kobierzyce)

przy udziale uczestnika po stronie Odwołującego: FBSerwis Wrocław sp. z o.o. (ul. Atramentowa 10, Bielany Wrocławskie 55-040 Kobierzyce)

orzeka:

1.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących:

- sposobu wyceny oferty określonej w Formularzu ofertowym tj. wadliwego określenia sposobu obliczenia ceny oferty za obsługę miesięczną PSZOK-u i BOK-u,
- zaniechania określenia w projekcie umowy minimalnej gwarantowanej wartości lub wielkości świadczenia stron,
- wprowadzonej w §14 i 15 Załącznika nr 16 do SWZ (projekt umowy) odpowiedzialności wykonawcy w odniesieniu tylko do masy odebranych i zebranych przez wykonawcę odpadów komunalnych,

2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących:

- zaniechania określenia w treści projektu umowy sposobu rozliczenia obsługi PSZOK-u i BOK-u, w tym braku zapewnienia korelacji pomiędzy Formularzem oferty a projektem umowy,
- zaniechania określenia sposobu obliczenia zawartego w klauzuli waloryzacyjnej wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych

i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia poprzez określenie w treści projektu umowy sposobu rozliczenia obsługi PSZOK-u i BOK-u, w tym zapewnienie korelacji pomiędzy Formularzem oferty a projektem umowy oraz nakazuje określenie sposobu obliczenia zawartego w klauzuli waloryzacyjnej wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych,

3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

4. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Kobierzyce (al. Pałacowa 1, 53-004 Kobierzyce) w wysokości 1/5 oraz Odwołującego Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. (ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław) w wysokości 4/5 i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, kwotę 851 zł 00 gr z tytułu dojazdu pełnomocnika Odwołującego na rozprawę, kwotę 17 zł 00 gr (siedemnaście złotych zero groszy) z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa

4.2. zasądza od Zamawiającego Gminy Kobierzyce (al. Pałacowa 1, 53-004 Kobierzyce)na rzecz Odwołującego Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. (ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław) łączną kwotę 3893 zł 60 gr (słownie: trzy tysiące osiemset dziewięćdziesiąt trzy złote sześćdziesiąt groszy) obejmującą: kwotę 3000 zł 00 gr (trzy tysiące złotych zero groszy) tytułem kosztów postępowania odwoławczego w postaci 1/5 wysokości wpisu od odwołania, kwotę 720 zł 00 gr (siedemset dwadzieścia złotych zero groszy) tytułem 1/5 wysokości kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, kwotę 170 zł 20 gr (sto siedemdziesiąt złotych dwadzieścia groszy) tytułem 1/5 wysokości kosztów dojazdu pełnomocnika Odwołującego na rozprawę, kwotę 3 zł 40 gr (trzy złote czterdzieści groszy) tytułem 1/5 wysokości kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ….……

Sygn. akt: KIO 2414/24

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Kobierzyce prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Świadczenie usługi polegającej na odbiorze, zbieraniu, transporcie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych i określonych nieruchomości niezamieszkałych na terenie gminy Kobierzyce oraz

zagospodarowanie tych odpadów."

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 26 czerwca 2024 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 123/2024 pod numerem 379741-2024.

Odwołujący Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 17 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 134 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 433 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 353^1 k.c. poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem Wykonawcy sporządzenia rzetelnej kalkulacji oferty, z uwagi na zobowiązanie Wykonawców do skalkulowania ceny oferty na podstawie danych historycznych dotyczących masy odpadów przyjętych przez Zamawiającego do wyliczenia, a to masy odpadów odebranych w roku 2023 r. w sytuacji gdy zamówienie ma być realizowane w okresie nie 12 lecz 24 miesięcy, które to dane nie uwzględniają istotnych okoliczności mających wpływ na kalkulację oferty, w szczególności wprowadzenia od 2025 r. tzw. „systemu kaucyjnego", który spowoduje znaczny odpływ odpadów z systemu gminnego, a także wadliwe określenie sposobu obliczenia ceny oferty za obsługę miesięczną PSZOK-u i BOK-u, oraz zaniechanie określenia w projekcie umowy minimalnej gwarantowanej wartości lub wielkości świadczenia stron, co w konsekwencji prowadzić może do sytuacji, że skalkulowana przez wykonawcę cena będzie nieadekwatna i niedostosowana do realiów rynkowych, a skutki tego stanu rzeczy obciążą wyłącznie wykonawcę, co stanowi przeniesienie nadmiernego ryzyka na wykonawców, zwiększa ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert i stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych
- naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych ,art. 431 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zw. z art. 5 k.c. art. 353^1 k.c., art. 387 § 1 k.c. i art. 471 k.c., w zw. z art. 3b u.c.p.g. poprzez wprowadzenie do wzoru umowy tj. w § 1 ust. 11 i § 14 projektu umowy zapisów niedostatecznie precyzyjnych i nieuwzględniających wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na przygotowanie oferty, gdyż Zamawiający przenosi na Wykonawcę w stosunku 75% do 25% odpowiedzialność za osiągnięcie poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, mimo że:
- to na Zamawiającym jako gminie spoczywa ustawowy obowiązek osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych za dany rok kalendarzowy;
- Wykonawca nie ma wpływu na to, jakie odpady zostaną wytworzone przez mieszkańców i właścicieli nieruchomości objętych gminnym systemem odbioru odpadów komunalnych;
- mieszkańcy oraz właściciele nieruchomości objętych gminnym systemem odbioru odpadów komunalnych mogą przekazywać odpady nadające się do recyklingu innym podmiotom niż wykonawca (punkty skupu, zbiórki akcyjne, butelkomaty), co bezpośrednio wpływa na ograniczenie możliwości osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu przez Wykonawcę;
- mieszkańcy mogą kompostować odpady ulegające biodegradacji w przydomowych kompostownikach, co bezpośrednio wpływa na ograniczenie możliwości osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu przez Wykonawcę
- w 2025 r. zostanie wdrożony „system kaucyjny", który spowoduje zmniejszenie ilości odpadów komunalnych nadających się do ponownego użycia i recyklingu w strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia
- Zamawiający, obliczając poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, który zobligowany jest osiągnąć jako gmina stosownie do art. 3b u.c.p.g., może uwzględnić odpady poddane recyklingowi zabrane w ramach systemu kaucyjnego czy przez inne podmioty zbierające odpady na terenie gminy, a także bioodpady poddane kompostowaniu w przydomowych kompostownikach,

co narusza zasady współżycia społecznego, równowagę stron umowy oraz zasady uczciwej konkurencji, jako że zakłada nadmiernie obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym w zakresie obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w sytuacji, gdy ich osiągnięcie na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego jest obiektywnie niemożliwe do spełnienia przez Wykonawcę w toku realizacji przedmiotowej usługi z uwagi na strumień odpadów podlegających odbiorowi, i co musi być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, bowiem a priori obciąża Wykonawcę odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie umowy oraz ryzykiem kar umownych, których podstawa nałożenia na Wykonawcę może powstać nawet przy dochowaniu przez niego najwyższej staranności, z powodów całkowicie od niego niezależnych; jednocześnie działanie

takie narusza art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż obowiązek nałożony na Wykonawcę pozostaje nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i jako taki narusza zasadę uczciwej konkurencji

- naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 17 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353^1 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny oraz sprzeczny z ww. przepisami, polegające na zastrzeżeniu w § 16 ust. 1 ppkt 16 projektu umowy, że minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów wyliczonych w oparciu o wskaźnik cen towarów i usług uprawniający strony umowy od żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 10 % w sytuacji gdy Zamawiający nie określił czy wskaźnik 10 % jest wskaźnikiem inflacji liczonym rok do roku czy jako suma wskaźników miesięcznych w okresie 6 miesięcy czy też w inny sposób, a także w sytuacji gdy opublikowana w lipcu 2024 r. prognoza inflacji na lata 2024-2026 określa prognozowany średni poziom inflacji w skali roku na poziomie 3,87%, co czyni waloryzację wynagrodzenia iluzoryczną, nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego; wprowadzenie ww. zapisów projektu umowy powinno być uznane za naruszające zasady przejrzystości, proporcjonalności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego, a także naruszenie zasady efektywności udzielania zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania. Wniosek ten obejmuje także zmiany dokumentacji postępowania wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy - tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Umorzeniu podlegało postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących sposobu wyceny oferty określonej w Formularzu ofertowym, tj. wadliwego określenia sposobu obliczenia ceny oferty za obsługę miesięczną PSZOK-u i BOK-u oraz zaniechania określenia w projekcie umowy minimalnej gwarantowanej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie uwzględnił wskazane zarzuty i zobowiązał się do określenia w projekcie umowy minimalnej gwarantowanej wartości lub wielkości świadczenia stron w sposób wskazany w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wskazał, że dokona również modyfikacji załącznika do SWZ w zakresie formularza cenowego zgodnie z załącznikiem do odpowiedzi na odwołanie.

W związku z powyższym, postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlegało umorzeniu. Zamawiający jest zobowiązany do dokonania zmian w projekcie umowy w tym zakresie, zgodnie z oświadczeniem przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględnieniu podlegał zarzut, w którym Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie przewidział sposobu rozliczania w umowie obsługi BOK i PSZOK. Na tę okoliczność zwracał uwagę Odwołujący w odwołaniu, ale także podczas rozprawy z udziałem stron, w szczególności, gdy Zamawiający na skutek uwzględnienia części zarzutu odwołania dokonał zmiany formularza ofertowego. Brak jest korelacji pomiędzy formularzem ofertowym, a treścią umowy, tj. projekt umowy nie zawiera postanowień, które wyjaśniłyby, w jaki sposób, w jakim czasie, Zamawiający będzie dokonywał płatności na rzecz Wykonawcy z tytułu świadczenia obsługi BOK i PSZOK.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z uwagi na okoliczność, że powyżej przytoczone postanowienia projektu umowy nie są jasne, Izba w treści sentencji nakazała Zamawiającemu dokonanie zmian w treści dokumentów postępowania.

Uwzględnieniu podlegał zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 17 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353^1 k.c. oraz art. 5 k.c. w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny oraz sprzeczny z ww. przepisami, polegający na zastrzeżeniu w § 16 ust. 1 ppkt 16 projektu umowy, że minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów wyliczonych w oparciu o wskaźnik cen towarów i usług uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 10% w sytuacji, gdy Zamawiający nie określił, czy wskaźnik 10% jest wskaźnikiem inflacji liczonym rok do roku, czy jako suma wskaźników miesięcznych w okresie 6 miesięcy, czy też w inny sposób.

Jak słusznie zauważył Odwołujący, z treści dokumentów postępowania nie wynika, co oznacza wskaźnik wzrostu cen towarów za ostatnie 6 miesięcy. Wyjaśnienie tej okoliczności jest istotne, gdyż przekroczenie tego wskaźnika spowoduje

możliwość uruchomienia klauzuli waloryzacyjnej. Wykonawcy powinni mieć wiedzę, kiedy może wystąpić taka sytuacja. Podobnie nie jest zrozumiałe pojęcie: „procent składowy w wysokości 8%".

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z uwagi na okoliczność, że powyżej przytoczone postanowienia projektu umowy nie są jasne, Izba w treści sentencji nakazała Zamawiającemu dokonanie zmian w treści dokumentów postępowania.

Oddaleniu podlegał zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 17 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 134 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 433 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 353^1 k.c. poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem Wykonawcy sporządzenia rzetelnej kalkulacji oferty, z uwagi na zobowiązanie Wykonawców do skalkulowania ceny oferty na podstawie danych historycznych dotyczących masy odpadów przyjętych przez Zamawiającego do wyliczenia, tj. masy odpadów odebranych w roku 2023 r., w sytuacji gdy zamówienie ma być realizowane w okresie nie 12, lecz 24 miesięcy, które to dane nie uwzględniają istotnych okoliczności mających wpływ na kalkulację oferty, w szczególności wprowadzenia od 2025 r. tzw. „systemu kaucyjnego", który spowoduje znaczny odpływ odpadów z systemu gminnego.

Za racjonalne i wiarygodne należało uznać stanowisko wyrażone przez Zamawiającego, który wskazał, że Wykonawcy składający oferty w postępowaniu przetargowym, działający jako specjaliści, mają wiedzę i doświadczenie w świadczeniu usługi polegającej na odbiorze, zbieraniu, transporcie odpadów komunalnych i na podstawie przedstawionych danych z lat ubiegłych, potrafią przewidzieć dynamikę generowanych ilości odpadów. Stwierdzenie to poparte zostało przeprowadzonymi już w poprzednich latach postępowaniami przetargowymi, opisanymi w podobny sposób, w odniesieniu do których nigdy nie wpłynął zarzut nierzetelnego opisu przedmiotu zamówienia.

Jak trafnie zauważył Zamawiający, system kaucyjny ma wejść od 2025 r., jednakże na dzień dzisiejszy nikt nie ma wiedzy, o ile Wykonawca będzie odbierał mniej odpadów. Jak dalej zauważył Zamawiający: „Dane, które próbował pokazać Odwołujący (brak możliwości weryfikacji z uwagi na brak załączonych dowodów) opierają się jak wskazuje Odwołujący na badaniach, pewnych założeniach. Badania te są globalne, nie są prowadzone na terenie gminy Kobierzyce. Z całą pewnością nie można się na nich opierać, nie znając specyfiki gminy, produkowanych ilości odpadów przez mieszkańców. Badania te jedynie mogą wskazywać na to, że gdyby wszystkie odpady z systemu kaucyjnego zostawały oddawane do automatów, a nie zostały wrzucane do domowych pojemników na odpady, to faktycznie o tyle może spaść udział tych odpadów w pojemnikach. Jednakże nie można takich założeń czynić w oderwaniu od konkretnej gminy". Powyższe stanowisko Zamawiającego Izba podziela i uznaje za własne.

Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron złożył jako dowód opracowanie Instytutu Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy Zakład Monitoringu i Prognozowania w Gospodarce Odpadami pn. „Morfologia odpadów komunalnych wytwarzanych w Polsce" wraz z tabelami. Należy wskazać, że powyższe opracowania może mieć walor jedynie prognostyczny, a w związku z tym, wnioski z niego wypływające są niepewne. Przede wszystkim opracowanie Instytutu jest opracowaniem ogólnym, które nie może stanowić pewnych danych dla Gminy Kobierzyce. W odniesieniu do załączonych tabel należy wskazać, że nie jest jasne, kto je opracował. Jest to ujęta w formie tabeli prognoza, nie zaś dokument, na którym z całą pewnością można się oprzeć.

W treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał na charakterystyczne uwarunkowania Gminy Kobierzyce, które z pewnością nie stały się podstawą do opracowania Instytutu (nie wynika to z treści tego opracowania).

Zamawiający zwrócił uwagę na następujące okoliczności: „Puste opakowania objęte systemem kaucyjnym będzie można zwracać w jednostkach handlowych o powierzchni powyżej 200 m². Jednostki handlowe o powierzchni poniżej 200 m² będą mogły dobrowolnie przystąpić do systemu w zakresie zbierania pustych opakowań i zwracania kaucji, przy czym będą musiały spełnić dużo wymagań co dla małych, osiedlowych sklepów będzie prawdopodobnie nieopłacalne. Tymczasem Gmina Kobierzyce, na swoim terenie, posiada sklepy wielkopowierzchniowe tylko w północnej części gminy czyli większość mieszkańców będzie wówczas z wygody i przyzwyczajenia wyrzucała odpady objęte systemem kaucyjnym do przydomowych koszy. Nie ma żadnych potwierdzonych danych, jaki będzie odpływ odpadów selektywnie zbieranych w związku z wprowadzeniem „systemu kaucyjnego". Nie wiadomo czy mieszkańcy będą zainteresowani zbieraniem i oddawaniem do sklepu odpadów objętych systemem czy z czystej wygody nadal będą prowadzić zbiórkę w przydomowych koszach".

Izba podziela powyższe stanowisko, uznając, że dopiero przyszłe i na tę chwilę nieznane zachowania mieszkańców Gminy Kobierzyce, będą decydowały o ilości odpadów odbieranych przez poszczególne podmioty.
Odpowiedź na pytanie, w jaki sposób będzie kształtowała się sytuacja na terenie Gminy Kobierzyce po wprowadzeniu systemu kaucyjnego, będzie znana dopiero w przyszłości, kiedy system kaucyjny zostanie wprowadzony i po pewnym czasie jego funkcjonowania, a na chwilę obecną wszystkie opracowania mają charakter niepewny i stanowią wyłącznie pogląd, prognozę podmiotu, który ją opracował.
Wbrew twierdzeniu Odwołującego, złożone w postępowaniu oferty będą porównywalne z uwagi na okoliczność, że wszyscy wykonawcy składający ofertę będą dysponowali takimi samymi danymi udostępnionymi przez Zamawiającego. Nadto wszyscy Wykonawcy biorący udział w postępowaniach przetargowych to podmioty wyspecjalizowane, profesjonalne i tak samo zainteresowane zmianami na rynku, a także mające dostęp do powstających w tym zakresie różnych opracowań i prognoz.
Zamawiający oświadczył, że uwzględnia w części zarzut wprowadzenia do wzoru umowy, tj. § 1 ust. 11 i § 14 projektu umowy zapisów niedostatecznie precyzyjnych i nieuwzględniających wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na przygotowanie oferty, gdyż Zamawiający przenosi na Wykonawcę w stosunku 75% do 25% odpowiedzialność za osiągnięcie poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. Zamawiający wyjaśnił, że uwzględnia zarzut Odwołującego w następujący sposób: Zamawiający nie przyjmuje propozycji Odwołującego dotyczącej modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia w zakresie § 14 ust. 1 Załącznika nr 16 do SWZ - projektu umowy, gdyż zmiany te nie mają umocowania w obowiązujących przepisach prawa, w tym ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.
Zamawiający oświadczył, że podziela stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający nie może przenosić na Wykonawcę obowiązku osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu nałożonego na Gminę, w odniesieniu do wszystkich odpadów komunalnych z terenu gminy, również odpadów nie objętych przedmiotowym zamówieniem i odebranych poza systemem gminnym. W konsekwencji Zamawiający dokonał zmiany w treści § 14 i § 15 Załącznika nr 16 do SWZ - projekt umowy.
Zarzut podlegał umorzeniu w zakresie, w jakim Zamawiający uwzględnił zarzut, tj. dokonanych zmian w treści § 14 i § 15 projektu umowy.
W pozostałym zakresie, nieuwzględnionym przez Zamawiającego, zarzut podlegał oddaleniu.
Zamawiający nie naruszył żadnego ze wskazanych przez Odwołującego w treści zarzutu przepisów prawa.
Odwołujący pomija okoliczność, że to na Zamawiającym ciąży zagrożenie nałożenia kary za osiągnięcie poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. Nie sposób stwierdzić naruszenia przepisów prawa w sytuacji, gdy Zamawiający „dzieli" odpowiedzialność z podmiotem, który wykonując obowiązki wynikające z umowy, w rzeczywistości odpowiada za czystość w gminie oraz odpowiednie poziomy recyklingu. Odwołujący na obecnym etapie twierdzi, że uzyskanie określonych poziomów recyklingu jest nierealne, jednakże pomija, że poziomy będą podlegały zwiększeniu.
Jak wskazał Zamawiający: „Wykonawca w celu wypełnienia obowiązków umownych w zakresie osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu winien dołożyć należytej staranności i prowadzić rożne działania skierowane do wytwórców odpadów wskazujące na potrzebę i zalety segregacji odpadów aby mógł osiągnąć odpowiedni poziom. Dopiero wykazanie, iż pomimo wszelkich racjonalnie oczekiwanych działań i starań Wykonawcy nie można mu przypisać winy za nieosiągnięcie poziomów recyklingu należałby uznać, iż nie następują przesłanki do nałożenia na niego kary". Powyższe stanowisko Zamawiającego wskazuje na przyjęcie motywującej dla wykonawcy funkcji kary umownej, z uwzględnieniem racjonalnego podejścia do całokształtu okoliczności i zmieniających się warunków.
Jednocześnie jak wskazano powyżej, nie jest wiadomo, w jaki sposób będą postępowały zmiany w zakresie systemu kaucyjnego (o czym powyżej), stąd skrajnie negatywne scenariusze wskazywanych przez Odwołującego mogą w ogóle nie zaistnieć.
Izba miała na uwadze okoliczność, że żądania Odwołującego podlegały modyfikacjom. W treści odwołania Odwołujący nie wnioskował o rozłożenie kary umownej w innej proporcji, co wskazuje na okoliczność, że nie była ona rażąca dla Odwołującego od początku.
Z powyższych względów zarzut podlegał oddaleniu.
Oddaleniu podlegał zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 17 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353^1 k.c. oraz art. 5 k.c. w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny oraz sprzeczny z ww. przepisami, polegający na określeniu w projekcie umowy, że minimalny poziom zmiany ceny

materiałów lub kosztów wyliczonych w oparciu o wskaźnik cen towarów i usług uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 10% w sytuacji, gdy opublikowana w lipcu 2024 r. prognoza inflacji na lata 2024-2026 określa prognozowany średni poziom inflacji w skali roku na poziomie 3,87%, co czyni waloryzację wynagrodzenia iluzoryczną, nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego.

Waloryzacja ma służyć zapobieganiu skutkom sytuacji wystąpienia drastycznego wzrostu cen. Nie jest celem waloryzacji zdjęcie z wykonawcy ryzyka związanego ze wzrostem cen, który to wzrost nie przekracza ryzyka średniego, czy nadzwyczajnego. Kalkulując ofertę, Wykonawcy powinni uwzględniać pewne okoliczności, takie jak wzrost cen. Nie każdy wzrost cen powinien prowadzić do zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy. Przedstawione przez Odwołującego projekcje inflacji nie są dokumentem przydatnym do rozstrzygnięcia niniejszego zarzutu. Istotą jest cel samej klauzuli waloryzacyjnej (o czym powyżej). Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Izba uznała, że określona przez Zamawiającego wysokość poziomu waloryzacji nie narusza żadnego z wymienionych przez Odwołującego przepisów prawa.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b), § 7 ust. 1 pkt 1)), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego. Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego w wysokości 1/5 oraz Odwołującego w wysokości 4/5. Od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zasądzono kwotę 3000 zł 00 gr (trzy tysiące złotych zero groszy) tytułem kosztów postępowania odwoławczego w postaci 1/5 wysokości wpisu od odwołania, kwotę 720 zł 00 gr (siedemset dwadzieścia złotych zero groszy) tytułem 1/5 wysokości kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, kwotę 170 zł 20 gr (sto siedemdziesiąt złotych dwadzieścia groszy) tytułem 1/5 wysokości kosztów dojazdu pełnomocnika Odwołującego na rozprawę, kwotę 3 zł 40 gr (trzy złote czterdzieści groszy) tytułem 1/5 wysokości kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..